

2014년 국가직 9급 공개경쟁채용시험 【형법】

2014년 4월 19일 검찰사무직·마약수사직 9급 공채
형법 총평 및 해설

백광훈 교수 (윌비스고시학원 법원·검찰 대표교수)

[총평] 이번 검찰직 형법 시험은 최근 2-3년간의 출제경향에서 벗어나 본래의 검찰직 시험의 전통적 경향으로 회귀한 것으로 보인다. 기본이 충실한가를 평가하려고 한다는 점, 각론보다 총론을 더욱 중시하는 점, 다른 공무원시험과는 달리 총론의 이론 분야를 꽤 출제한다는 점, 판례문제의 경우 중요판례 위주로 출제하고 지엽적인 판례는 출제가 지양된다는 점 등이 바로 그것이다. 따라서 판례 위주로 대비하면서 기본서나 기본강의를 등한시한 수험생의 경우에는 이번 형법시험이 다소 어려웠을 것으로 예상되며, 이는 시험 후 이틀 동안 전국의 수험생들과의 카톡 상담 등에서 확인되고 있다. 이에 예년보다 형법과목의 평균점수는 내려갈 것으로 보이며, 따라서 형법에 있어서는 95점 이상이면 매우 우수, 90점 이상이면 우수, 85점 이상이면 선방, 80점이면 보통으로 볼 수 있겠다. 이는 동시에 선택과목에 있어서 형법을 선택한 수험생에게 다소 유리한 점으로 작용될 수 있을 것으로도 사료된다. 4월 20일 현재까지의 검찰 합격예상선에 대한 예측은 필자의 인터넷카페(<http://cafe.daum.net/jplpexam>)에 올려놓았으니 참고하기 바란다. 시험 보시느라 대단히 수고 많으셨다는 위로의 말씀을 드리며 맺음말에 갈음한다. 4월 20일 저녁, 백광훈 드림.

1번	총론	예비죄	판례
2번	총론	공범론(교사의 착오)	이론
3번	총론	형벌론(집행유예)	판례
4번	각론	장물죄, 절도죄, 업무방해죄, 강간죄	판례
5번	총론	미수론(중지미수)	이론
6번	각론	협박죄, 학대죄, 직무유기죄, 내란죄	판례
7번	총론	구성요건론(인과관계의 착오)	판례, 이론
8번	총론	구성요건론(고의)	판례
9번	총론	결과적 가중범	판례
10번	총론	부작위범	판례
11번	총론	형법의 적용범위	판례, 이론
12번	각론	협박죄	판례
13번	각론	사기죄, 절도죄, 신용카드부정사용죄, 사문서위조 및 동행사죄	판례
14번	각론	허위진단서작성죄, 허위공문서작성죄, 공정증서원본부실기재죄, 위조문서행사죄, 공문서부정행사죄	판례
15번	각론	주거침입죄, 공무상비밀누설죄, 유기죄, 위증죄	판례
16번	각론	공무집행방해죄	판례
17번	총론	공범론(정범개념, 공범의 종속형식, 공범의 처벌근거)	이론
18번	각론	도박죄	판례
19번	각론	친족상도례	판례
20번	총론	형벌이론	이론

special thanks to 수 & 훈

문 1. 예비·음모죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「형법」상 음모와 관련하여 범죄실행의 합의가 있다고 하기 위하여는 범죄결심을 외부에 표시·전달하는 것만으로는 부족하고, 적어도 특정한 범죄의 실행을 위한 준비행위라는 것이 객관적으로 명백히 인식되어야 한다.
- ② 미수범과 달리 “예비·음모는 이를 처벌한다.”라는 규정형식은 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다.
- ③ 「형법」각칙상 예비죄 규정은 죄형법정주의 원칙상 기본적 구성요건과는 별개의 독립된 구성요건이라고 볼 수 없다.
- ④ 예비죄의 공동정범은 물론 예비죄의 중범도 인정된다.

【해설】 ④ (X) 예비죄의 경우 범죄실행의 준비행위가 공동형태로 이루어질 수 있다면 공동정범의 성립이 가능하다고 보는 긍정설이 다수설·판례의 입장이지만, 예비죄의 방조범의 경우(피방조자가 실행의 착수에 이르지 못한 경우) 통설 및 판례는 공범종속설에 따라 피방조자가 실행의 착수에 이르지 않은 경우 방조자에게는 방조범이 성립할 수 없음은 물론이거니와 형법 제32조의 중범의 규정에는 제31조 제2항과 같은 예비죄 처벌규정을 두고 있지 않기 때문에 가벌성도 인정될 수 없다(大法院 1976.5.25, 75도1549).

- ① (O) 예비행위는 외부적으로 드러나는 범죄준비행위, 즉 실질적인 위험이 있을 것을 요하기 때문에 단순한 범행계획·의사표시·내심의 준비행위와 같은 내심상의 범죄의사와 구별된다. 판례도 “범죄실행의 합의가 있다고 하기 위하여는 단순히 범죄결심을 외부에 표시·전달하는 것만으로는 부족하고, 객관적으로 보아 특정한 범죄의 실행을 위한 준비행위라는 것이 명백히 인식되고 그 합의에 실질적인 위험성이 인정될 때” 비로소 예비·음모죄가 성립한다고 하고 있다(大法院 1999.11.12, 99도3801).
- ② (O) 예비죄는 원칙적으로 처벌되지 않고 예외적으로 특별규정이 있는 경우에만 처벌되기 때문에(제28조), 예비죄를 처벌하기 위해서는 당해 법률규정에서 예비·음모의 구체적인 형벌의 종류와 양을 정해놓아야만 한다(大法院 1977.6.28, 77도251).
- ③ (O) 예비죄의 범죄성격에 대해 다수설·판례는 발현형태설(수정형식설)을 취하고 있기 때문에 예비죄는 독립적인 범죄유형이 아닌 기본범죄를 범하는 과정에서 발현되는 형태로서, 효과적인 법익보호를 위하여 처벌범위를 확장한 수정적 구성요건형태로 보고 있다. 그렇기 때문에 형법각칙의 예비죄를 처단하는 규정을 바로 독립된 구성요건 개념에 포함시킬 수 없다. 이는 공범종속성의 입장과도 같은 결론으로 이어진다(大法院 1976.5.25, 75도1549).

정답 : ④

문 2. 甲이 乙에게 A를 살해하라고 교사하자 乙은 이를 승낙했다. 이를 후 乙은 마음이 바뀌어 甲이 예상한 바와 전혀 달리 A의 자동차만 야구방망이로 부수고 돌아왔다. 甲과 乙의 형사책임은?

- ① 甲－불가벌
乙－손괴죄
- ② 甲－살인죄의 예비·음모
乙－손괴죄
- ③ 甲－살인죄의 예비·음모
乙－살인죄의 예비·음모와 손괴죄의 실체적 경합
- ④ 甲－살인죄의 예비·음모와 손괴죄 교사범의 실체적 경합

乙-살인죄의 예비·음모와 손괴죄의 실체적 경합

【해설】 甲의 교사행위를 乙이 승낙하였지만, 甲이 교사한 살인행위를 하지 않은 것은 피교사자가 범죄의 실행은 승낙하였으나, 실행의 착수에 나아가지 않은 효과 없는 교사의 경우로, 형법 제31조 제2항에 의해 교사자와 피교사자를 둘 다 예비·음모에 준하여 처벌한다. 그렇기 때문에 甲과 乙 모두 살인죄에 대해 예비·음모의 죄책을 지게 된다, 乙이 실행한 자동차 손괴 부분은 甲이 교사한 살해와 질적으로 전혀 다른 범죄로, 교사의 착오에서 추상적 사실의 착오 중 질적 착오에 해당하게 된다. 때문에 甲은 乙의 손괴행위에 대한 예견가능성조차 없기 때문에 乙의 손괴행위는 책임을 지지 않고, 乙의 경우에는 손괴행위에 대한 고의·기수의 책임을 지는 것이고, 이는 살인예비·음모죄와 실체적 경합의 관계에 있게 된다.

정답 : ③

문 3. 집행유예에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 집행유예의 요건 중 '3년 이하의 징역 또는 금고의 형'이라함은 법정형이 아닌 선고형을 의미한다.
- ② 「형법」 제37조 후단의 경합범 관계에 있는 두 개의 범죄에 대하여 하나의 판결로 두 개의 자유형을 선고하는 경우, 하나의 징역형에 대하여는 실형을 선고하면서 다른 징역형에 대하여 집행유예를 선고할 수 있다.
- ③ 「형법」 제62조 제2항의 문리해석상 하나의 형의 일부에 대해서도 집행유예가 가능하다.
- ④ 집행유예 기간 중에 범한 범죄라고 할지라도 집행유예가 실효·취소됨이 없이 그 유예기간이 경과한 경우에는 이에 대해 다시 집행유예의 선고가 가능하다.

【해설】 ③ (X) 형법 제62조 제2항은 '형을 병과 할 경우에는 그 형의 일부에 대하여 집행을 유예할 수 있다.'고 규정하고 있기 때문에 2가지 이상의 형을 병과 시 일부에 대해 집행유예가 가능할 뿐, 하나의 형의 일부에 대해서는 집행유예가 불가능하다(大法院 2007.2.22, 2006도8555).

- ① (O) 형법 제62조 제1항에서 집행유예의 요건을 '3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우'라고 규정하고 있기 때문에 이는 법정형이 아닌 선고형을 일컫는다(大法院 1989.11.28, 89도780).
- ② (O) 형법 제37조 후단의 경합범, 즉 사후적 경합범관계에 있는 죄에 대하여는 형법 제39조 제1항에 의하여 따로 형을 선고하여야 하기 때문에 하나의 판결로 두 개의 자유형을 선고하는 경우 그 두 개의 자유형은 각각 별개의 형이기 때문에 형법 제62조 제1항에서 정한 집행유예의 요건에 해당하면 그 각 자유형에 대하여 각각 집행유예를 선고할 수 있게 되는 것이다(大法院 2002.2.26, 선고, 2000도4637)
- ④ (O) 집행유예의 결정사유를 정하는 형법 제62조 제1항 단서의 요건에 해당하는 경우는 유예기간이 경과하지 아니하여 형 선고의 효력이 실효되지 아니한 채로 남아있는 경우로 국한되기 때문에, 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 대에는 형의 선고가 이미 그 효력을 잃게 되어 '금고 이상의 형을 선고'한 경우에 해당하지 않게 되고, 집행의 가능성이 존재하지 않게 되기 때문에 다시 집행유예의 선고가 가능하다(大法院 2007.2.8, 2006도6196)

정답 : ③

문 4. 개인적 법익 침해범죄에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면 (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 장물죄의 본범의 행위에 관한 가벌성 평가는 그 행위에 대하여 우리 형법이 적용되지 아니하는 경우

- 에도 우리 형법 을 기준으로 하여야 한다.
- ㄴ. 주간에 주거에 침입하였더라도 야간에 절취행위를 하였다면 야간주거침입절도죄가 성립한다.
 - ㄷ. 근로자들이 집단적으로 근로제공을 거부하여 사용자의 정상적인 업무운동을 저해하고 손해를 발생하게 하는 행위라도 그 자체가 바로 업무방해죄의 '위력'에 해당 하는 것은 아니다.
 - ㄹ. 사실혼 부부 사이에도 강간죄는 성립한다.

- ① ㄱ, ㄴ
- ② ㄴ, ㄷ, ㄹ
- ③ ㄱ, ㄹ
- ④ ㄱ, ㄷ, ㄹ

【해설】 ㄱ. (O) 장물죄에서 본범이 되는 범죄행위에 대하여 우리 형법이 적용되지 않는 경우, 그에 관한 법적 평가 기준은 그 행위에 대하여 우리 형법이 적용되지 아니하는 경우에도 우리 형법을 기준으로 하여야 하고 또한 이로써 충분하기 때문에 본범의 행위가 우리 형법에 비추어 절도죄 등의 구성요건에 해당하는 위법한 행위라고 인정되는 이상 이에 의하여 영득된 재물은 장물에 해당하게 된다(大法院 2011.4.28, 2010도15350).

- ㄷ. (O) 쟁의행위로서의 파업을 말하는 것으로서, 이는 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에 비로소 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립하는 것이다. 이와 같은 전격적 파업의 경우에만 위력에 의한 업무방해죄가 인정되고, 그렇지 않은 쟁의행위로서의 파업은 근로자가 가지는 헌법상 기본권에서 파생되는 것이기 때문에 업무방해죄에 해당하지 않는다(大法院 2011.3.17, 2007도482 全員合議體)
- ㄹ. (O) 강간죄의 객체는 종래 '부녀'이었다가 '사람'으로 개정되었기 때문에 이제는 남·여를 불문하고, 나아가 성년·미성년, 기혼·미혼을 불문한다. 본래 부부관계의 배우자가 문제되어 왔으나, 1977년 서울고등법원에서 사실혼 배우자에 대한 강간죄를 인정할 뿐, 법률혼 부부관계의 배우자에 대해서는 강간죄의 객체로 인정해 오지 않다가 대법원 2013.5.16, 2012도14788 전원합의체 판결에 의해 부부강간죄가 전면적으로 긍정되면서 실질적 부부관계가 인정되는 법률상의 배우자라 하더라도 강간죄의 객체가 될 수 있다고 보고 있다.
- ㄴ. (X) 문리해석상 비추어보면 형법 제329조에서 절도죄를 규정하고 곧바로 제330조에서 야간주거침입절도죄를 규정하고 있을 뿐, 야간절도죄에 관하여는 처벌규정을 별도로 두고 있지 아니한다. 판례 또한 형법은 야간에 이루어지는 주거침입행위의 위험성에 주목하여 그러한 행위를 수반한 절도를 야간주거침입절도죄로 중하게 처벌하고 있는 것으로 보아야 하고, 따라서 주간에 이루어진 경우에는 야간주거침입절도죄가 성립하지 않는다고 해석하는 것이 타당하다고 판시하고 있다(大法院 2011.4.11, 2011도300, 2011감도5).

정답 : ④

문 5. 중지미수에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 중지미수의 법적 성격에 대한 책임감소·소멸설은 형의 면제 효과를 설명하기 어렵다는 비판을 받는다.
- ② 중지미수의 자의성에 대한 주관설은 자의성의 개념을 지나치게 확대한다는 비판을 받는다.
- ③ 공동정범의 경우 다른 공동정범 전원의 실행을 중지시키거나 모든 결과의 발생을 방지하지 않는 한 중지미수가 인정되지 않는다.
- ④ 범죄의 예비·음모 단계에서는 자의로 예비·음모행위를 중지한 경우에도 중지미수를 인정할 수 없다.

【해설】 ② (X) 주관설(심리설)은 윤리적 동기 여부를 기

준으로 하는 주관설과 Frank의 공식으로 나뉘어 전자는 후회·동정·연민, 양심의 가책 등 윤리적 동기에 의하여 중지한 경우만 중지미수로 보고, 후자는 결과를 발생시킬 수 있지만 원하지 않아서 행위를 중단할 경우에만 자의성을 인정하여 중지미수로 인정하는 학설이다. 특히 윤리적 주관설에 의하면 후회·동정·연민 등에 의한 중지가 중지미수인 것은 분명하지만 그 이외 합리적·계산적으로 판단하여 자율적으로 중지한 경우에는 -중지미수의 자의성은 인정되어야 함에도- 자의성을 인정하지 않음으로써 중지미수의 인정범위가 지나치게 협소해진다는 비판을 받는다.

- ① (O) 책임감소·소멸설(법률설)은 범행의 중지 및 결과의 방지로 인하여 위법성이 감소 내지 소멸되거나 책임이 감소 내지 소멸된다고 설명하는 입장이다. 이는 범행의 중지를 책임감소사유로 이해하는 부분은 타당하나, 형법이 중지범의 형을 일단 유죄로 인정하고 형의 감경 내지 면제를 인정하고 있다는 점에서 무죄판결을 전제하는 위법성소멸설·책임소멸설은 타당하지 않다는 비판을 받고 있다(위법성이 소멸하고 책임이 소멸한다는 것은 무죄이나, 중지미수는 감경사유가 되더라도 분명 유죄)
- ③ (O) 중지미수는 중지로 인하여 결과가 발생하지 않아야 인정되는 것이기 때문에, 공범자 중 1인의 중지미수가 성립하려면 그 자신의 범의를 중지함으로써 되는 것이 아니라 다른 공범자의 실행을 중지하게 하여야만 중지미수가 성립된다(大法院 1969.2.25, 68도1676). 즉 다른 공범의 범행을 중지하게 하지 아니한 이상 자기만의 범의를 철회·포기하여도 중지미수로는 인정될 수 없다.
- ④ (O) 중지범은 범죄의 실행에 착수한 후 자의로 그 행위를 중지한 때를 말하는 것이므로 실행의 착수가 있기 전인 예비·음모의 행위를 처벌하는 경우에 있어서는 중지범의 관념을 인정할 수 없다(大法院 1966.4.21, 66도152)

정답 : ②

문 6. 범죄의 성질에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 협박죄는 사람의 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 위법범이다.
- ② 학대죄는 자기의 보호·감독을 받는 사람에게 육체적 고통을 주거나 정신적으로 차별대우를 하는 행위가 있음과 동시에 완성되는 상태범이다.
- ③ 직무유기죄는 직무수행의 의무가 있음에도 불구하고 직무를 버린다는 인식 하에 그 의무를 수행하지 아니함으로써 성립하는 진정부작위범이다.
- ④ 내란죄는 국토침탈 또는 국헌문란의 목적으로 다수인이 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭행·협박행위를 하였을 때 기수가 되는 상태범이다.

【해설】 ③ (X) 직무유기죄는 이른바 부진정부작위범으로서 구체적으로 그 직무를 수행하여야 할 작위의무가 있는데도 불구하고 이러한 직무를 버린다는 인식하에 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 성립하는 것이다(大法院 1972.9.12, 72도1175; 1975.11.25, 75도306; 1983.3.22, 82도3065). 진정부작위범은 다중불해산죄(제116조), 퇴거불응죄(제319조), 전시군수계약불이행죄(제103조 제1항), 전시공수계약불이행죄(제117조 제1항), 집합명령위반죄(제145조 제2항) 등과 같이 법률상 어떠한 행위를 할 것으로 기대되는 자가 그것을 하지 않는 것 즉, 부작위에 의해 실현되는 범죄 중 구성요건상 처음부터 부작위의 형식으로 정하여져 있는 경우와 행위의 형식으로 규정되어 있는 구성요건을 부작위에 의해 실현하는 경우를 말한다.

- ① (O) 판례는 협박죄의 보호법익의 정도와 관련하여 고지된 해악의 내용이 일반적으로 사람으로 하여금 공포

심을 일으키게 하기에 충분한 것이어야 하지만, 상대방이 그 의미를 인식한 이상, 상대방이 현실적으로 공포심을 일으켰는지 여부와 관계없이 그로써 구성요건은 충족되어 협박죄의 기수에 이르는 것으로 해석하여야 한다고 보아 협박죄는 사람의 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 위법범이라 봄이 상당하다는 입장을 취하고 있다(大法院 2007.9.28, 2007도606 全院合議體).

- ② (O) 학대죄는 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에게 육체적으로 고통을 주거나 정신적으로 차별대우를 하는 행위가 있음과 동시에 범죄가 완성되는 상태범 또는 즉시범이라 할 것이다(大法院 1986.7.8, 84도2922).
- ④ (O) 내란죄는 국토를 침탈하거나 국헌을 문란할 목적으로 폭동한 행위로서, 다수인이 결합하여 위와 같은 목적으로 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭행·협박행위를 하면 기수가 되고, 그 목적의 달성 여부는 이와 무관한 것으로 해석되므로, 다수인이 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭동을 하였을 때 이미 내란의 구성요건은 완전히 충족된다고 할 것이어서 상태범으로 봄이 상당하다(大法院 1997.4.17, 96도3376 全院合議體).

정답 : ③

문 7. 甲은 자기 부인을 희롱하는 乙을 살해의 고의로 돌로 내리쳤다. 乙이 뇌진탕 등으로 인하여 정신을 잃고 죽어지자 甲은 乙이 죽은 것으로 오인하고 증거를 인멸할 목적으로 乙을 개울가로 끌고 가 웅덩이를 파고 땅에 파묻었다. 그러나 부검 결과 乙의 사망은 질식에 의한 것이 밝혀졌다. 사례의 해결에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 이른바 ‘개괄적 고의’의 개념을 이용하여 사례를 해결하려는 견해에 의하면, 제1행위와 제2행위를 개괄하는 단일한 고의가 인정되어 甲에게는 살인기수죄가 인정된다.
- ② 이 경우를 인과관계 착오의 한 형태로 보는 견해에 의하면, 인과과정의 차이가 본질적이지 않다고 인정되는 경우 甲에게는 살인기수죄가 인정된다.
- ③ 전 과정을 개괄적으로 보면 乙의 살해라는 처음에 예견된 사실이 결국 실현된 것으로서 甲은 살인죄의 죄책을 면할 수 없다는 것이 판례의 입장이다.
- ④ 제1행위와 제2행위의 독립적 성격을 강조하는 견해에 의하면, 甲에게는 살인미수죄와 사체유기죄의 경합범이 인정된다.

【해설】 ④ (X) 고의는 어디까지나 특정한 행위시에 있는 것만 인정되므로, ‘제1행위의 미수와 제2행위의 과실범의 실체적 경합’만 인정될 뿐이라는 미수설을 위 사례에 적용하면 ‘제1행위는 살인미수이고 제2행위는 과실치사와 사체은닉의 불능미수의 상상적 경합에 해당한다’는 결론이 도출된다.

- ①, ③ (O) 이른바 ‘개괄적 고의’의 개념을 이용하여 사례를 해결하려는 개괄적 고의설에 의하면, 2개의 행위를 하나의 단일한 행위로 보아 그 행위 전체에 하나의 개괄적 고의가 미친다고 본다. 개괄적 고의설을 위 사례에 적용하여 전 과정을 개괄적으로 보면 乙의 살해라는 처음에 예견된 사실이 결국 실현된 것으로서 甲은 살인죄의 죄책을 면할 수 없다는 결론이 도출되며, 또한 판례의 입장이기도 하다(大法院 1988.6.28, 88도650).
- ② (O) 인과관계착오설(다수설)에 의하면 서로 다른 2개의 행위를 인정한 후 인식한 제1행위와 발생한 제2행위의 인과관계의 착오가 비본질적인 경우 발생한 인과관계에 대한 고의를 인정할 수 있다고 보는 것으로, 위 사례의 경우 甲이 인식한 인과관계와 발생한 인과관계가 본질적으로 큰 차이가 없기 때문에 甲에게 살인기수죄가 성립하게 된다.

정답 : ④

문 8. 고의에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다
툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 피고인이 고의를 부인하는 경우에는 그 내심과 상당한 관련이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 이를 입증할 수 있다.
- ㄴ. 강도가 베개로 피해자의 머리 부분을 약 3분간 누르던 중, 피해자가 저항을 멈추고 사지가 늘어졌음에도 계속하여 눌렀다면 살인의 미필적 고의가 인정된다.
- ㄷ. 살인죄의 범의는 자기의 행위로 인하여 피해자가 사망할 수도 있다는 사실을 인식·예견하는 것으로는 부족하고, 피해자의 사망을 희망하거나 목적하여야 한다.
- ㄹ. 자신이 성인이라는 청소년의 말을 믿고 그 청소년이 제시한 타인의 건강진단결과서만을 확인한 채 청소년을 청소년유해업소에 고용한 업주에게는 청소년 고용에 관한 미필적 고의가 인정된다.

- ① $\neg, \perp, \sqsubset$ ② $\neg, \perp, \sqsubset$
 ③ $\perp, \sqsubset, \sqsubset$ ④ $\neg, \sqsubset, \sqsubset$

【해설】 ㄱ. (O) 피고인이 범의를 부인하고 있는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접 사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 한다(大法院 2002.8.23, 2000도 329).

- 나. (O) 강도가 배개로 피해자의 머리부분을 약 3분간 누르던 중 피해자가 저항을 멈추고 사지가 늘어졌음에도 계속하여 누른 행위에 살해의 고의가 있었다(大法院 2002.2.8, 2001도6425).
- 다. (X) 살인죄에 있어서의 범의는 반드시 살해의 목적이거나 계획적인 살해의 의도가 있어야 인정되는 것은 아니고, 자기의 행위로 인하여 타인의 사망의 결과를 발생시킬 만한 가능 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면 족한 것이고 그 인식이나 예견은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이라도 소위 미필적 고의로도 인정되는 것이다(大法院 2008.3.27, 2008도507; 2000.8.18, 2000도2231; 2001.9.28, 2001도3997).
- 라. (O) 업주 및 종사자가 이러한 연령확인 의무에 위배하여 연령확인을 위한 아무런 조치를 취하지 아니함으로써 청소년이 당해 업소에 출입한 것이라면, 특별한 사정이 없는 한 업주 및 종사자에게 최소한 위 법률 조항 위반으로 인한 청소년보호법위반죄의 미필적 고의는 인정된다고 할 것이다(大法院 2007.11.16, 2007도7770; 2004.4.23, 2003도8039).

정답 : ②

문 9. 결과적 가중범에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 甲이 음주단속을 피하기 위하여 경찰관의 하차요구에 불응하고 승용차를 계속 진행하는 과정에서 단속경찰관이 자동차 범퍼에 부딪혀 전치 6주의 상해를 입었다면, 甲에게는 특수공무집행방해치상죄와 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(집단·흉기 등 상해)죄의 상상적 경합범이 성립한다.
- ㄴ. 여러 사람이 상해의 범의로 범행 중 한 사람이 중한 상해를 가하여 피해자가 사망에 이르게 된 경우, 나머지 사람들은 사망의 결과를 예견할 수 없는 때라도 상해치사죄의 책임을 진다.
- ㄷ. 폭행치사죄는 결과적 가중범으로서 사망의 결과에 대한 예견가능성 즉 과실이 있어야 하는 것 외에, 폭행과 사망의 결과 사이에 인과관계가 있어야 한다.

- ㄷ. 강간이 미수에 그쳤으나 그 과정에서 상해의 결과가 발생하였다면 강간치상죄의 기수가 성립한다.

- ① $\neg, \bot$

② $\bot, \top$

③ $\top, \neg$

④ $\neg, \top$

【해설】 ㄱ. (X) 기본범죄를 통하여 고의로 중한 결과를 발생하게 한 경우에 가중 처벌하는 부진정결과적가중범에서, 고의로 중한 결과를 발생하게 한 행위가 별도의 구성요건에 해당하고 그 고의범에 대하여 결과적가중범에 정한 형보다 더 무겁게 처벌하는 규정이 있는 경우에는 그 고의범과 결과적가중범이 상상적 경합관계에 있지만, 위와 같이 고의범에 대하여 더 무겁게 처벌하는 규정이 없는 경우에는 결과적가중범이 고의범에 대하여 특별관계에 있으므로 결과적가중범만 성립하고 이와 법조경합의 관계에 있는 고의범에 대하여는 별도로 죄를 구성하지 않는다. 직무를 집행하는 공무원에 대하여 위험한 물건을 휴대하여 고의로 상해를 가한 경우에는 특수공무집행방해치상죄만 성립할 뿐, 이와는 별도로 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(집단·흉기 등 상해)죄를 구성하지 않는다(大法院 2008.11.27, 2008도7311).

- 나. (X) 결과적 가중범인 상해치사죄의 공동정범은 폭행 기타의 신체침해 행위를 공동으로 할 의사가 있으면 성립되고 결과를 공동으로 할 의사는 필요 없으며, 여러 사람이 상해의 범의로 범행 중 한 사람이 중한 상해를 가하여 피해자가 사망에 이르게 된 경우 나머지 사람들은 사망의 결과를 예견할 수 없는 때가 아닌 한 상해치사의 죄책을 면할 수 없다(大法院 2000.5.12, 2000도745).
- 다. (O) 폭행치사죄는 결과적 가중범으로서 폭행과 사망의 결과 사이에 인과관계가 있는 외에 사망의 결과에 대한 예견가능성 즉 과실이 있어야 한다(大法院 1990.9.25, 90도1596).
- 르. (O) 강간이 미수에 그친 경우라도 그 수단이 된 폭행에 의하여 피해자가 상해를 입었으면 강간치상죄가 성립한다(大法院 1988.11.8, 88도1628; 1972.7.25, 72도1294).

정답 : ③

문 10. 부작위범에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

형법 제18조의 부작위범이 되기 위해서는 ㉠법익침해의 결과발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자가 그 의무를 이행하지 아니한 경우에, ㉡그 부작위가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어야 하며, ㉢법적인 작위의무는 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론이고 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 인정된다. 한편 ㉣어떤 행위가 작위적 성격과 부작위적 성격을 동시에 갖는 경우에는 이는 작위에 의한 범죄로 봄이 원칙이다.

- | | |
|---------------|------------------------|
| ① ㄱ, ㄴ
③ ㄷ | ② ㅈ, ㅊ
④ ㄱ, ㄴ, ㅈ, ㅊ |
|---------------|------------------------|

【해설】 ㄱ, ㄴ (O) 형법이 금지하고 있는 법익침해의 결과발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자가 그 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음에도 불구하고 그 결과의 발생을 용인하고 이를 방관한 채 그 의무를 이행하지 아니한 경우에, 그 부작위가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라면, 작위에 의한 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌할 수 있다고 할 것이다(大法院 1997.3.14, 96도1639; 1992.2.11, 91도2951).

- 다. (O) 작위의무는 법적인 의무이어야 하므로 단순한 도덕상 또는 종교상 의무는 포함되지 않으나 작위의무가

법적인 의무인 한 그 근거가 성문법이건 불문법이건 상관없이 없고 또 공법이건 사법이건 불문하므로, 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론이고 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 법적인 작위의무는 있다(大法院 2012.4.26, 2010다8709).

- ㄱ. (O) 작위범과 부작위범은 법조경합 중 보충관계에 속하고, 행위의 동일성이 인정되지 않고 오직 시간적 중복만이 가능하므로 상상적 경합관계가 성립하지 않는다.

정답 : ④

문 11. 형법의 적용 및 효력에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 형법 제1조 제2항의 '법률의 변경'은 법률이념의 변경에 따라 과거에 범죄로 인정하고 처벌한 자체가 부당하였다거나 또는 형이 과중하였다는 반성적 고려에서 법령을 개폐하였을 경우를 의미한다.
- ② 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 경한 법을 적용한다.
- ③ 신법의 형을 종전보다 가볍게 개정하면서 그 부칙에서 개정법 시행 전의 범죄에 대하여 종전의 형벌법규를 적용하도록 규정하는 것은 형벌불소급의 원칙이나 신법우선주의에 반하지 않는다.
- ④ 속지주의를 규정한 형법 제2조에서 '죄를 범한'이란 범죄의 행위 또는 결과 어느 것이라도 대한민국 영역 내에서 발생한 것을 의미하며, 기국주의를 규정한 형법 제4조 또한 이러한 속지주의의 확장으로 이해될 수 있다.

【해설】 ② (X) 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 볼 필요도 없이 범죄 실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 포괄일죄로 처단하여야 한다(大法院 1998.2.24, 97도183).

- ① (O) 종전의 조치가 부당하다는 반성적 고려에 의해 법령을 개폐한 경우는 범죄 후 '법률의 변경'에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하는 경우에 해당하여 형법 제1조 제2항에 따라 법을 적용하여야 한다(大法院 2009.2.26, 2006도9311).
- ③ (O) 형을 종전보다 가볍게 형벌법규를 개정하면서 그 부칙으로 개정 전의 범죄에 대하여는 종전의 형벌법규를 추급하여 적용하도록 규정한다 하여 죄형법정주의에 반하거나 범죄 후 형의 변경이 있는 경우라 할 수 없으므로 형법 제1조 제2항 소정의 신법우선주의가 적용될 여지가 없다(大法院 1995.1.24, 94도2787).
- ④ (O) 대한민국 공무원에게 알선한다는 명목으로 금품을 수수하는 행위가 대한민국 영역 내에서 이루어진 이상, 비록 금품수수의 명목이 된 알선행위를 하는 장소가 대한민국 영역 외라 하더라도 대한민국 영역 내에서 죄를 범한 것이라고 하여야 할 것이며(大法院 2000.4.21, 99도3403), 기국주의를 규정한 형법 제4조는 대한민국 국적의 선박과 항공기를 '대한민국의 영역'으로 간주하여 대한민국 국적의 선박과 항공기에서 일어난 사건에 대하여 형사재판권을 행사한다는 내용으로 이는 속지주의의 연장이라 할 수 있다.

정답 : ③

문 12. 협박의 죄에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 협박죄에서의 고의는 해악을 고지하여 상대방에게 공포심을 일게 할 의사 및 그 해악을 실현시킬 의사를 포함한다.
- ② 협박죄의 보호법익 및 형법 규정의 체계 등에 비추어 볼 때 범인은 협박행위의 객체가 될 수 없다.

- ③ 甲정당의 국회 예산안 강행처리에 화가 나서 경찰서에 전화를 걸어 경찰관에게 관할구역 내에 있는 甲정당의 당사를 폭파하겠다고 말한 행위는 공무집행방해죄뿐만 아니라 그 경찰관에 대한 협박죄를 구성한다.
- ④ 협박이란 그 상대방이 된 사람으로 하여금 공포심을 일게 하기에 충분한 정도의 해악을 고지하는 것으로서, 그 해악이 제3자의 법익을 침해하는 것을 내용으로 하는 때에는 협박죄가 성립될 여지가 없다.

【해설】 ② (O) 협박죄는 사람의 의사결정의 자유를 보호 법익으로 하는 범죄로서 형법규정의 체계상 개인적 법익, 특히 사람의 자유에 대한 죄 중 하나로 구성되어 있는바, 위와 같은 협박죄의 보호법익, 형법규정상 체계, 협박의 행위 개념 등에 비추어 볼 때, 협박죄는 자연인만을 그 대상으로 예정하고 있을 뿐 범인은 협박죄의 객체가 될 수 없다(大法院 2010.7.15, 2010도1017).

- ① (X) 협박죄에 있어서 주관적 구성요건으로서의 고의는 행위자가 그러한 정도의 해악을 고지한다는 것을 인식, 인용하는 것을 그 내용으로 하고 고지한 해악을 실제로 실현할 의도나 욕구는 필요로 하지 아니한다(大法院 1991.5.10, 90도2102).
- ③ (X) 피고인은 甲정당에 관한 해악을 고지한 것이므로 각 경찰관 개인에 관한 해악을 고지하였다고 할 수 없고, 다른 특별한 사정이 없는 한 일반적으로 甲정당에 대한 해악의 고지가 각 경찰관 개인에게 공포심을 일으킬 만큼 서로 밀접한 관계에 있다고 보기 어려운데도, 이와 달리 피고인의 행위가 각 경찰관에 대한 협박죄를 구성한다고 본 원심판결에 협박죄에 관한 법리오해의 위법이 있다(大法院 2012.8.17, 2011도10451).
- ④ (X) 형법 제283조에서 정하는 협박죄의 성립에 요구되는 '협박'이라고 함은 일반적으로 그 상대방이 된 사람으로 하여금 공포심을 일으키기에 충분한 정도의 해악을 고지하는 것으로서, 여기서의 '해악'이란 법익을 침해하는 것을 가리키는데, 그 해악이 반드시 피해자 본인인 것이 아니라 그 친족 그 밖의 제3자의 법익을 침해하는 것을 내용으로 하더라도 피해자 본인과 제3자가 밀접한 관계에 있어서 그 해악의 내용이 피해자 본인에게 공포심을 일으킬 만한 것이라면 협박죄가 성립할 수 있다(大法院 2012.8.17, 2011도10451).

정답 : ②

문 13. 판례의 태도에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 컴퓨터등사용사기죄의 범행으로 예금채권을 취득한 다음 자기의 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우, 그 현금인출행위에 대하여 절도죄가 성립하지 않음은 물론 그 인출된 현금은 장물에 해당하지도 않는다.
- ② 현금카드 소유자를 협박하여 그 카드를 강취한 다음 이를 이용하여 현금자동지급기에서 피해자 소유의 예금을 인출한 경우, 현금인출행위를 현금카드에 대한 강취행위와 분리하여 따로 절도죄로 처단할 수 없다.
- ③ 타인의 명의를 모용하여 발급받은 신용카드로 ARS 전화서비스를 이용하여 신용대출을 받은 경우, 대출금용기관에 대한 컴퓨터등사용사기죄가 성립하는 외에 카드회사에 대한 사기죄가 별도로 성립한다.
- ④ 대금결제를 위하여 가맹점에 절취한 신용카드를 제시하고 매출전표에 서명하여 이를 교부한 경우, 신용카드 부정사용죄가 성립하는 외에 사문서위조 및 동행사죄가 별도로 성립한다.

【해설】 ① (O) 컴퓨터등사용사기죄의 범행으로 예금채권을 취득한 다음 자기의 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우, 현금카드 사용권한 있는 자의 정당한 사용에 의한 것으로서 현금자동지급기 관리자의 의사에 반하거나 기망행위 및 그에 따른 처분행위도 없었으므로, 별도로 절도죄나 사기죄의 구성

요건에 해당하지 않는다 할 것이고, 그 결과 그 인출된 현금은 재산범죄에 의하여 취득한 재물이 아니므로 장물이 될 수 없다(大法院 2004.4.16, 2004도353).

- ② (X) 피해자로부터 현금카드를 강취하였다고 인정되는 경우에는 피해자로부터 현금카드의 사용에 관한 승낙의 의사표시가 있었다고 볼 여지가 없다. 따라서 강취한 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 예금을 인출한 행위는 피해자의 승낙에 기한 것이라고 할 수 없으므로, 현금자동지급기 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제하고 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨놓는 것이 되어서 강도죄와는 별도로 절도죄를 구성한다(大法院 2007.5.10, 2007도1375).
- ③ (X) 타인의 명의를 모용하여 발급받은 신용카드의 번호와 그 비밀번호를 이용하여 ARS 전화서비스나 인터넷 등을 통하여 신용대출을 받는 방법으로 재산상 이익을 취득하는 행위 역시 미리 포괄적으로 허용된 행위가 아닌 이상, 컴퓨터 등 정보처리장치에 권한 없이 정보를 입력하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상 이익을 취득하는 행위로서 컴퓨터 등 사용사기죄에 해당한다(大法院 2006.7.27, 2006도3126).
- ④ (X) 신용카드부정사용죄의 구성요건적 행위인 신용카드의 사용이라 함은 신용카드의 소지인이 신용카드의 본래 용도인 대금결제를 위하여 가맹점에 신용카드를 제시하고 매출표에 서명하여 이를 교부하는 일련의 행위를 가리키고 단순히 신용카드를 제시하는 행위만을 가리키는 것은 아니라고 할 것이므로, 위 매출표의 서명 및 교부가 별도로 사문서위조 및 동행사의 죄의 구성요건을 충족한다고 하여도 이 사문서위조 및 동행사의 죄는 위 신용카드부정사용죄에 흡수되어 신용카드부정사용죄의 1죄만이 성립하고 별도로 사문서위조 및 동행사의 죄는 성립하지 않는다(大法院 1992.6.9, 92도77).

정답 : ①

문 14. 문서에 관한 죄에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공무원인 의사가 공무소의 명의로 허위진단서를 작성한 경우에는 허위공문서작성죄와 허위진단서작성죄가 성립하며, 양 죄는 상상적 경합의 관계에 있다.
- ② 등기 경로 당시에는 실체권리관계에 부합하지 아니한 등기라 하더라도 사후에 이해관계인들의 동의 또는 추인 등의 사정으로 실체권리관계에 부합하게 된다면 공정증서원본부실기재죄는 성립하지 않는다.
- ③ 위조문서행사죄에 있어 행사의 상대방에는 아무런 제한이 없으므로 행사의 상대방이 문서가 위조된 것임을 이미 알고 있는 공범자라 하더라도 위조문서행사죄가 성립한다.
- ④ 타인의 주민등록증을 가족의 것이라고 제시하면서 그 주민등록증상의 명의로 이동전화 가입신청을 한 경우, 이는 타인의 주민등록증을 본래의 사용용도인 신분확인용으로 사용한 것이라고 볼 수 없어 공문서부정행사죄가 성립하지 않는다.

【해설】 ④ (O) 타인의 주민등록증을 가족의 것이라고 제시하면서 그 주민등록증상의 명의 또는 가명으로 이동전화 가입신청을 한 경우, 타인의 주민등록증을 본래의 사용용도인 신분확인용으로 사용한 것이라고 볼 수 없어 공문서부정행사죄가 성립하지 않는다(大法院 2003.2.26, 2002도4935).

- ① (X) 형법 제233조 소정의 허위진단서작성죄의 대상은 공무원이 아닌 의사가 사문서로서 진단서를 작성한 경우에 한정되고, 공무원인 의사가 공무소의 명의로 허위진단서를 작성한 경우에는 허위공문서작성죄만이 성립하고 허위진단서작성죄는 별도로 성립하지 않는다(大法院 2004.4.9, 2003도7762).
- ② (X) 등기 경로 당시에는 실체권리관계에 부합하지 아니한 등기인 경우에는 사후에 이해관계인들의 동의 또는

추인 등의 사정으로 실체권리관계에 부합하게 된다 하더라도 공정증서원본부실기재 및 동행사죄의 성립에는 아무런 영향이 없다(大法院 2001.11.9, 2001도3959).

- ③ (X) 위조, 변조, 허위작성된 문서의 행사죄는 이와 같은 문서를 진정한 것 또는 그 내용이 진실한 것으로 각 사용하는 것을 말하는 것이므로, 그 문서가 위조, 변조, 허위작성되었다는 정을 아는 공범자등에게 제시, 교부하는 경우등에 있어서는 행사죄가 성립할 여지가 없다(大法院 1986.2.25, 85도2798).

정답 : ④

문 15. 판례의 태도에 대한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 아파트 등 공동주택의 내부에 있는 공용 계단과 복도는 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄의 객체인 '사람의 주거'에 해당하고, 위 장소에 거주자의 의사에 반하여 침입하는 행위는 주거침입죄를 구성한다.
- ② 공무상비밀누설죄는 공무상 비밀의 누설행위만을 처벌하고 있을 뿐 이와 대항범 관계에 있는 '비밀을 누설받은 행위'에 대해서는 처벌규정이 없으므로 이에 대해서는 공범에 관한 형법 총칙 규정이 적용될 수 없고, 따라서 일반인이 공무원을 교사하여 직무상 비밀을 누설받은 경우 공무상비밀누설교사죄는 성립하지 않는다.
- ③ 계약상 부주의무로서의 민사적 부주의무 또는 보호의무가 인정되는 경우 형법상 유기죄의 '계약상 의무'는 당연히 긍정되므로, 자신이 운영하는 주점에서 수일 동안 계속하여 술을 마시고 만취한 피해자를 방치하여 저체온증으로 사망에 이르게 한 경우, 주점 주인에게는 계약상 부주의무가 인정되어 유기치사죄가 성립한다.
- ④ 형사소송절차에서 증인이 증언거부권을 고지받지 못함으로 인하여 그 증언거부권을 행사하는 데 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 있는 경우에는 위증죄의 성립을 부정하여야 한다.

【해설】 ③ (X) 유기죄의 '계약상 의무'는 간호사나 보모와 같이 계약에 기한 주된 급부의무가 부조를 제공하는 것인 경우에 반드시 한정되지 아니하며, 계약의 해석상 계약관계의 목적이 달성될 수 있도록 상대방의 신체 또는 생명에 대하여 주의와 배려를 한다는 부수적 의무의 한 내용으로 상대방을 부조하여야 하는 경우를 배제하는 것은 아니라고 할 것이다. 그러나 위와 같은 부주의무로서의 민사적 부주의무 또는 보호의무가 인정된다고 해서 형법 제271조 소정의 '계약상 의무'가 당연히 긍정된다고는 말할 수 없고, 기타 제반 사정을 고려하여 위 '계약상의 부주의무'의 유무를 신중하게 판단하여야 한다(大法院 2011.11.24, 2011도12302)(다만 결론에 있어서 유기치사죄의 성립은 인정한 판례임).

- ① (O) 다가구용 단독주택이나 다세대주택·연립주택·아파트 등 공동주택 안에서 공용으로 사용하는 계단과 복도는, 주거로 사용하는 각 가구 또는 세대의 전용 부분에 필수적으로 부속하는 부분으로서 그 거주자들에 의하여 일상생활에서 감시·관리가 예정되어 있고 사실상의 주거의 평온을 보호할 필요성이 있는 부분이므로, 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄의 객체인 '사람의 주거'에 해당한다(大法院 2009.8.20, 2009도3452).
- ② (O) 2인 이상 서로 대항된 행위의 존재를 필요로 하는 대항범에 대하여는 공범에 관한 형법총칙 규정이 적용될 수 없는데, 형법 제127조는 공무원 또는 공무원이었던 자가 법령에 의한 직무상 비밀을 누설하는 행위만을 처벌하고 있을 뿐 직무상 비밀을 누설받은 상대방을 처벌하는 규정이 없는 점에 비추어, 직무상 비밀을 누설받은 자에 대하여는 공범에 관한 형법총칙 규정이 적용될 수 없다고 보는 것이 타당하다. 따라서 공무상 비밀을 누설받은 피고인의 행위가 공무상비밀누설교사죄에 해당한다고 본 원심판단에 법리오해의 위법이 있다(大法院 2011.4.28, 2009도3642).
- ④ (O) 헌법 제12조 제2항에 정한 불이익 진술의 강요금

지 원칙을 구체화한 자기부죄거부특권에 관한 것이거나 기타 증언거부사유가 있음에도 증인이 증언거부권을 고지받지 못함으로 인하여 그 증언거부권을 행사하는 데 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 있는 경우에는 위증죄의 성립을 부정하여야 할 것이다(大法院 2010.2.25, 2009도13257; 2010.1.21, 2008도942 全院合議體).

정답 : ③

문 16. 공무방해에 관한 죄에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공무집행방해죄에서의 협박은 공무를 집행하는 공무원으로 하여금 객관적으로 공포심을 느끼게 하는 것만으로는 부족하고, 현실로 공포심을 일으킬 것까지 요구되는 것이다.
- ② 「형법」이 업무방해죄와는 별도로 공무집행방해죄를 규정하고 있는 것은 공무에 관해서는 폭행·협박 또는 위계의 방법으로 그 집행을 방해하는 경우에 한하여 처벌하겠다는 취지이며, 따라서 공무집행을 방해하는 행위에 대해서는 업무방해죄로 의율할 수 없다.
- ③ 행정청이 당사자의 신청에 따라 인·허가처분을 함에 있어 사실을 충분히 확인하지 아니한 채 신청인이 제출한 사실과 다른 신청사유나 소명자료를 믿고 인·허가를 한 경우에는 위계에 의한 공무집행방해죄는 성립하지 않는다.
- ④ 범죄신고를 받고 출동한 두 명의 경찰관에게 욕설을 하면서 폭행을 한 경우에는 공무를 집행하는 경찰관의 수에 따라 공무 집행방해죄가 성립한다.

- 【해설】 ① (X) 공무집행방해죄에서의 협박은 사람에게 공포심을 일으킬 목적으로 상대방에게 해악을 고지하는 일체의 행위를 일컫는 광의의 협박으로(大法院 2011.2.10, 2010도15986), 해악 고지에 의하여 현실적으로 상대방이 공포심을 가졌는지는 문제되지 않는다(大法院 1962.5.17, 4294형상12).
- ② (O) 업무방해죄의 업무에 공무가 포함되는가에 대해 다수설 및 판례는 포함되지 않는다는 부정설의 입장을 취하고 있다. 이는 공무는 아예 업무방해죄의 업무에 포함될 수 없다는 입장으로서는, 형법상 공무집행방해죄(제136조)와 위계에 의한 공무집행방해죄(제137조)가 별도로 규정되어 있는 이상 업무방해죄의 업무의 성격을 사무(私務)로 제한해야 한다는 견해이다. 이러한 부정설을 따를 때, 폭행·협박에 의한 공무집행방해의 경우에는 업무방해죄의 성립은 배제되고 공무집행방해죄만 성립하게 된다(大法院 2009.11.19, 2009도4166 全院合議體).
- ③ (O) 행위자의 행위목적은 이루기 위하여 상대방에게 오인·착각·부지를 일으키게 하여 이를 이용하는 것을 통해 그릇된 행위나 처분을 하였다면 위계에 의한 공무집행 방해죄가 성립하게 된다. 행정관청의 불충분한 심사에 기인한 업무처리가 이루어진 경우에는 행위자의 위계에 의한 것이라고 할 수 없기 때문에 본죄가 성립하지 않는다(大法院 2010.10.28, 2008도9590).
- ④ (O) 판례는 공무집행방해죄의 죄수를 판단함에 있어 본죄의 행위가 폭행 또는 협박이기 때문에 공무원의 수를 기준으로 판단한다. 그러므로 공무를 집행하는 수인의 공무원에 대하여 동시에 폭행 또는 협박을 한 경우에는 동일한 장소에서 동일한 기회에 이루어진 폭행 행위로서 사회관념상 1개의 행위로 평가하여 2개의 공무집행방해죄의 상상적 경합이라고 본다(大法院 2009.6.25, 2009도3505).

정답 : ①

문 17. 공범에 대한 설명 중 옳은 것(O)과 옳지 않은 것(X)을 순서대로 바르게 나열한 것은?

- ㄱ. 단일정범개념에 대해서는 가벌성의 확대를 초래한다는 비판이 있다.
- ㄴ. 제한적 정범개념에 의하면 공범규정은 형벌제한사유가 된다.
- ㄷ. 공범종속성설은 유력한 근거로 이른바 ‘기도된 교사’를 규정한 형법 제31조 제2항과 제3항을 든다.
- ㄹ. 책임가담설에 대해서는 책임의 연대성을 인정하므로 개인책임의 원칙에 반한다는 비판이 있다.
- ㅁ. 극단적 종속형식에 의하면, 공범의 성립을 위해서는 정범의 행위가 구성요건에 해당하고 위법하면 족하며 유책할 필요는 없다.

	ㄱ	ㄴ	ㄷ	ㄹ	ㅁ
①	○	×	×	○	×
②	×	×	×	○	×
③	○	×	○	○	○
④	×	○	○	×	○

- 【해설】 ㄱ. (O) 단일정범체계란 인과적으로 기여한 자를 모두 정범으로 간주하여 처벌한다는 것으로, 정범과 공범을 구별하는 것은 조건설에 따라 양형의 단계에서 구별하게 된다. 이는 교사의 미수, 방조의 미수에도 조건관계가 있으면 정범으로 처벌하기 때문에 가벌성의 범위가 부당하게 확대되고, 비신분자의 신분자의 정범이 될 수 있으며, 범죄관여의 질적·양적차이를 무시한다는 비판을 받는다.
- ㄴ. (X) 제한적 정범개념이론은 직접행위를 한 사람만을 범죄자로 보기 때문에 구성요건에 해당하는 행위를 스스로 행한 사람만이 정범이고, 구성요건적 행위 이외의 다른 행위에 의하여 결과야기에 가공한 자는 정범이 될 수 없다고 본다. 이 입장은 교사범·종범에 대한 처벌규정을 둔 것을 형벌확장사유로 이해한다.
- ㄷ. (X) 공범종속성설은 정범의 범죄가 객관적으로 있어야 공범도 성립하기 때문에 정범의 행위가 가벌미수로 된 때에만 공범의 미수를 인정하게 된다. 그렇기 때문에 기도된 교사(제31조 제2항·제3항)에 대해서는 교사자의 특유한 불법에 근거한 특별규정으로 보게 되고, 이에 따라 예비죄에 대한 공범 성립을 부정하게 된다.
- ㄹ. (O) 책임가담설 또는 책임가담설로서의 타락설은 공범의 처벌근거를 공범자가 정범자를 유혹하여 유책한 범행으로 이끌어서 타락 내지 부패시켰다는 점에서 찾는 입장이다. 이 입장에 의하면 공범처벌의 전제가 되는 정범의 행위는 구성요건에 해당하고, 위법하며 나아가 유책한 행위여야 하므로 극단적 종속형식과 논리적으로 결부된다. 이는 현재의 통설 및 판례인 제한적 종속형식의 입장 및 책임개별화의 원칙과 조화될 수 없다는 비판을 받는다.
- ㅁ. (X) 극단적 종속형식은 공범이 성립하기 위해서는 정범의 행위가 구성요건에 해당하고 위법하며 유책함을 요한다는 요건이다. 따라서 이러한 요소 중 어느 하나라도 결여하게 되면 공범이 성립하지 않게 된다. 제시된 지문은 제한적 종속형식으로, 공범이 성립하기 위해서는 정범의 행위가 구성요건에 해당하고 위법할 것을 요한다는 형식이다.

정답 : ①

문 18. 도박죄에 대한 설명으로 옳은 것만을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 사기도박의 실행에 착수한 후에 사기도박을 숨기기 위하여 얼마간 정상적인 도박을 한 경우, 사기죄만이 성립하고 도박죄는 따로 성립하지 않는다.
- ㄴ. 도박에 참여한 수인의 피해자로부터 사기도박으로 도금을 편취한 경우 피해자들에 대한 각 사기죄는 실체적 경합의 관계에 있다.
- ㄷ. 도박행위를 처벌하지 않는 외국 카지노에서의 내국

다. 유료낚시터에서 입장료 명목으로 요금을 받은 후 낚시인 물고기에 부착된 시상번호에 따라 경품을 지급한 경우 도박개장죄가 성립한다.

- 日. (O) 형법 제247조의 도박개장죄는 영리의 목적으로 스스로 주재자가 되어 그 지배하에 도박장소를 개설함으로써 성립하는 것으로서, ‘영리의 목적’이란 도박개장의 대가로 불법한 재산상의 이익을 얻으려는 의사를 의미한다. 입장료의 액수, 경품의 종류 및 가액, 경품이 제공되는 방법 등의 여러 사정에 비추어 볼 때, 손님들이 내는 입장료는 이 사건 낚시터에 입장하기 위한 대가로서의 성격과 경품을 타기 위해 미리 거는 금품으로서의 성격을 아울러 지니고 있다고 볼 수 있고, 피고인이 손님들에게 경품을 제공하기로 한 것은 ‘재물을 거는 행위’로 볼 수 있다(大法院 2009.2.26, 2008도10582).

문 19. 친족상도례에 대한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼)

④ 횡령죄에서 친족상도례는 횡령범인과 피해물건의 소유자 또는 보관자 중 어느 한쪽과의 사이에만 친족관계가 있더라도 적용된다.

③ (O) 장물죄는 장물범과 피해자 사이에 제328조 제1항·제2항의 신분관계가 있는 경우 형 면제 또는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있고(제365조 제1항), 장물범과 본범 사이에 제328조 제1항의 신분관계가 있는 경우 형을 필요적으로 감면한다(제365조 제2항 본문).

④ 선고유예제도, 집행유예제도, 가석방제도, 보호관찰제도 등은 특별예방주의의 산물로 볼 수 있다.

① (O) 형벌론은 왜 범죄에 대하여 형벌을 부과하느냐의 형벌의 본질과 목적에 대한 것으로서, 형벌권의 정당성

이론과 관련이 있다. 그 본질에 대한 근거의 견해에 따라 응보형주의와 목적형주의로 나뉘어지고, 목적형주의는 범죄예방의 대상을 사회 일반인에게 두느냐, 범죄를 저지른 특정인에게 두느냐에 따라 일반예방주의와 특별예방주의로 나뉘어진다.

- ② (O) 일반예방주의는 범죄예방의 대상을 사회 일반인에게 두고, 형벌에 의하여 일반인을 위하·경계함으로써 범죄예방의 효과를 얻으려는 사상으로, 일반인은 잠재적으로 범죄를 저지르고 싶어하지만 형벌로 인한 고통을 강조함으로써 인간의 심리가 강제된다고 보기 때문에 자연스럽게 심리강제설의 영향을 받게 된다.
- ④ (O) 특별예방주의는 범죄를 저지른 특정한 구체적인 범죄자 개인의 재범방지(사회복귀)를 목표로 삼고 이를 위해 형벌 내지 보안처분을 과함으로써 범죄자의 정상적인 사회인으로서의 재사회화를 도모하는데 형벌의 목적이 있다는 입장이다. 선고유예제도, 집행유예제도, 가석방제도, 보호관찰제도 모두 범죄자의 재사회화를 목적으로 하는 치료적 기능을 중시하는 제도이기 때문에 옳은 설명이다.

정답 : ③

-끝-